

翻 訳

アレッサンドロ・パーチェ 「硬性憲法と軟性憲法」

井 口 文 男

1. ブライスによる区別, そしてダイシーの誤解による区別
2. 憲法改正手続の「保障的」機能
3. 憲法の硬性の根拠につきダイシーが見逃していたもの
4. 硬性憲法の形式的最高性と実質的最高性
5. ダイシーの誤解に由来する誤った帰結
6. 区別の持続的有用性

1. ブライスによる区別, そしてダイシーの誤解による区別

周知のごとく, 軟性憲法と硬性憲法の区別¹⁾はジェームズ・ブライスに由来する。彼は、まず、1884年の2つの講演においてこれを提示し、次に、彼の主著で高名な『アメリカのコモンウェルス』(初版は1888年)²⁾において簡潔な形で示し、そして、1901年に公刊された

1) 本稿は、憲法の硬性と制憲権との相互の関連に関する問題の私の研究の1段階——もちろん終局的なものではない——をなしている。参照の繁を避けるために、これまでの業績をここで示しておくことにしよう。読者は、そこに含まれている掘り下げた考察をみられたい。*La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4085ss. e *In difesa della «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, *ivi*, 1995, 1209ss., この2つの論文は、修正と加筆の上合体され、*La causa della rigidità costituzionale*²⁾, Cedam, Padova, 1996として公刊された。次いで、本書の第1版(1997年)に収録された。*L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1997, 7ss. これも本書の第1版(1997年)に収録されている。*Processi costituenti italiani 1996-97*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 581ss. e in *Studi in onore di L. Elia*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1999, 1127ss. これは、本書に収録されている。*Presentazione della trad. it. di J. Bryce, Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid Constitutions, 1901)*, trad. it. R. Niro, Giuffrè, Milano, 1998; *Morte di una Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1999, 1544ss. これも本書に収録されている。

2) J. Bryce, *La Repubblica americana (The American Commonwealth, 1888, I ed.; 1889, II ed.; 1910, III ed.)*, trad. it. della III ed. a cura di A. Brunialti, in *Biblioteca di Scienze politiche* a cura di A. Brunialti, III serie, Utet, Torino, 1913.

浩瀚な論文「軟性憲法と硬性憲法」³⁾において1884年の2つの講演で提示されたものに終局的な形を与えた。ところが、著名な研究者によっても受け入れられた通説による区別、すなわち、硬性憲法は、軟性憲法と異なり、それが改正されるためには、特別な改正手続を必要とするという区別は、ブライスではなく、彼の同僚にして友人であった A.V. ダイシーに帰せられるということはすべての者が知っているわけではない。ダイシーは、『憲法序説』—ブライスの著作よりも広く流布し、「軟性憲法と硬性憲法」よりもはるかによく知られていた—において、ブライスの考えをこのように解釈し、そして誤解したのである⁴⁾。

実際、ブライスは、特別な改正手続の有無によって区別しているのではなく、2つの異なるタイプの憲法を特徴づける法体系の違いに依拠しているのである。すなわち、軟性憲法は「歴史的」憲法に、硬性憲法は「成文」憲法に結びつけられている。前者は、通常法律の規定及び慣行、慣習により形成されるものであり、古代ローマの憲法とか当時のイギリス憲法及びハンガリー憲法のように単なる叙述的な憲法をブライスは例としてあげている⁵⁾。後者に該当するものとしては、合衆国憲法、スイス憲法、ベルギー憲法などが列挙されている。すなわち、他の法律とは異なる法源に由来する規制的な内容を含む法典であり、その初期の例として、ブライスは、北米のイギリス植民地の憲章(1638年)、「人民協定」(1647年)、オリヴァー・クロムウエルの「統治章典」(1653年)を示している。

そこで、ブライスは、憲法の2つのタイプの異なる法体系を考察して、次のことを強調することになった。前者は、立法という通常手続でもって改正可能であるので「軟性」であるが、後者は、特別の優越的な権威に由来するので、通常法律及び既存のあらゆるタイプの法源をもってしても改正不可能なので「硬性」となる。

したがって、ダイシーとは異なり、ブライスにとっては、特別の改正手続による改正は、硬性憲法の観念にとって本質的なものではない。実際、ブライスにとって、改正の可能性の予測は時宜的なものである。これこそがブライスの主張した命題であったことは次のことによっても確認される。すなわち、ブライスによれば、1814年と1848年のフランスの憲章そして1848年のアルベルト憲章も硬性憲法に含まれる。周知のごとくこれらの憲章は改正規定を有していなかったのである。つまり、ダイシーの言及には根拠がない。

むしろこの点で、強調さるべきは、これらの憲法における特別の改正手続の欠如は、偶

3) J. Bryce, *Flexible and Rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, 145ss. ブライスのこの業績、とりわけ、軟性憲法と硬性憲法の区別が形式的なものではないこと、そして、実質的憲法との関係あるいは改正手続との関係において憲法の硬性の観念が含意しているもの（この両者はここで終局的に明確にされた）については、V. Angiolini, *Recensione a J. Bryce, Costituzioni flessibili e rigide*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 285ss. の明敏かつ繊細な批評をみられたい。

4) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁷, Macmillan, London, 1908 (cito dalla Xed., curata da E. C. S. Wade, del 1962), 91, 121ss., 127ss. このダイシーの著書の初版は、1885年である。

5) J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, trad. it., cit., 7ss.

然であったとか忘却の結果であったということではないということである。これに対し、サレドは、アルベルト憲章を「イギリス流に」軟性と解釈することが今や確立したときにそのようなものとみなしていた⁶⁾。もちろんサレドのみではない。ところが真実は、トクヴィルが、1814年と1848年のフランスの憲章につき考察したように、これらの憲章は、意図して改正不可能とされたのである。というのは、制憲者としての君主（ブルボン朝のルイ18世とオルレアン朝のルイ・フィリップ）は、憲法秩序の運命と王朝の運命を同時にこれらの憲章に委ねたからである。そこで、トクヴィルは次のような結論を引き出している。「わが憲法の一部は不可変である。というのは、ある王朝の運命と結合しているからである。その全体も同じく不可変である。というのは、これを改正する法的手段がないからである」⁷⁾。

明らかに、所与の憲法において改正手続が欠如していることは、その改正不可能性を明示に規定している場合と異なることなく、法的視点からは、憲法自体を「化石化」させ⁸⁾、政治的視点からは、逆に、憲法を極めて脆弱なものにする。実際、変化した社会の要請に規範体系を適合せしめるためには、憲法の侵害が唯一の道となるであろう。

2. 憲法改正手続の「保障的」機能

憲法典が（明示的であれまたは黙示的であれ）法的に絶対に改正不可能であるということに付着するかかる危険の自覚は、すでに18世紀末の研究者や制憲者にみられるところである。

実際、この自覚は、とりわけ、シェースの「憲法審査院の権限と組織についての見解」（1795年）⁹⁾においても、またそれより以前に、1791年5月3日のポーランド憲法（制定者

6) G. Saredo, *Trattato delle leggi*, Pellas, Firenze, 1886, 141. サレドは、憲章は、「法の中の法、すなわち国家の主要な法律」であると主張しながら、矛盾ではあるが、憲章は「他の法律を規制する原理」に服しているという。実際、サレドによれば、「すべての法律は改正可能であるというのが基本原則であるので、わが憲章が改正方式について沈黙していることは、憲章が改正不可能であるということを意味するものではない」。類似の論点先取が、多くの著名な研究者の論証を決定づけている。たとえば、A. Brunialti, *Formazione e revisione delle Costituzioni moderne*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* diretta da A. Brunialti, II serie, vol. II, Utet Torino, 1894, LXXXIV ss., V. E. Orland, *Principii di diritto costituzionale*⁴, Barbera, Firenze, 1905, 139 e C. Esposito, *La validità delle leggi (1934)*, Giuffrè, Milano, 1964, 203s.

7) A. De Tocqueville, *La democrazia in America (De la démocratie en Amérique)*, 1835, parte I, cap. VI), trad. it., in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* diretta da A. Brunialti, I serie, parte 2^a, Utet, Torino, 1884, 103 nota 1.

8) J. M. Sempère, *La reforma constitucional*, in *Rev. general de legislación y jurisprudencia*, 1907, tomo III, 262, 468s.

9) E. J. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, tomo I, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, 824. そこには憲法典の「改良」の手続と結びついた保障の機能が示されている。そして、逆に、特別の議会は、予見しがたい騒擾の前兆であるとして、拒否されている（これについては後に述べることにする）。

は国王スタニスラウ・ポニアトウスキー) 第6条の最終項においても明確に見いだすことができる。後者は次のように定めている。「一面では、我が国の憲法の暴力的変更あるいは頻繁すぎる変更を避けんとし、他面では、憲法を完成することの必要を考慮し、憲法が公共の繁栄にもたらす効果を実証した後、憲法を再検討し改正するために、法律で別途定める方式により、25年毎に特別の憲法会議を召集することにする」(ここでいう法律とは1791年5月13日の法律のことである)。

だが、これだけではない。シエースのみではなく、トマス・ペインの考察をも念頭に置くと、18世紀の末には、憲法改正の特別な手続が担った3重の機能が一般に自覚されていたと端的に主張することができる¹⁰⁾。すなわち、憲法規範の絶対的改正不可能性(すでに指摘した化石化)に由来する政治的脆弱性を避け、そして、それにもかかわらず成文憲法の規定の相対的安定性を保障し、さらに「すべての世代は、その時代の状況により要請されるあらゆる決断を下すことができなければならない」¹¹⁾という原理を尊重するという機能である。

このことは、フランスの1791年憲法第7編第1条以下の次の文言により確証される。「制憲国民議会は、国民がその憲法を変更する時効により消滅することのない権利を有することを確認する。ただし、経験により不都合が示された条項を改正する権利を、憲法自体において定める方法によってのみ行使することが国民の利益により適合するので、改正議会により以下の方式で改正の手続をとることを定める」。当該条文は、改正手続に4つもの立法期をかかわらせているが、改正権を担う機関を、先述のポーランド憲法のごとく特別の議会ではなく、通常の立法府としている(とはいえ、最後の第4の「改正議会」には、県により特に選出される249人の議員が参加することにはなっている)¹²⁾。

憲法と改正手続の機能についての18世紀の議論についての更なる有益な示唆については、次のものを参照されたい。S. P. Panunzio, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia : procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le revisioni costituzionali, percorsi alternativi*, in A. A. Cervati, S. P. Panunzio, P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, 75ss. ; T. Groppi, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Giuffrè, Milano, 2001, 1ss.

10) この点については、*L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, supra 132 を参照されたい。

11) T. Paine, *I diritti dell'uomo* (*Rights of man*, 1791-92), trad. it. M. Astrologo, Ed. Riuniti, Roma, 1978, 122ss., 276ss.

12) 周知のごとく、制憲議会の1791年8月31日の会議において、A. Barnave は、D'Aandréの動議を支持する立場から、「立法府に……訂正権」を付与して、「革命の不断の原因」となる制憲権が再生するおそれという危険を遠ざける解決策を訴えて勝利を取めた。A. Barnave, *Discours sur le pouvoir constituant, les Conventions nationales et le pouvoir de revision*, in Id., *Potere costituente e revisione costituzionale*, a cura di R. Martucci, Lacaita, Manduria, 1996, 5ss. を参照されたい。

この点では、加重された形式ではあっても、憲法改正手続を国会を通じて行うことにしたことに伴う予想外の帰結を明らかにしておく必要がある。19世紀のドイツ諸憲法においては、憲法

これに対し、同じ原理を「急進的に」解釈して、1793年のジャコバン憲法の宣言の第28条は次のように規定した。「人民は、常に、その憲法を検討し、改正し、変更する権利を有する。一世代は、将来の世代を自己の法律に拘束することはできない」。かくして、この「常に」という文言に敬意を表し、改正権の行使を単一の立法期に集中した（通常の立法手続に比すれば加重された方式になってはいるが、発案の局面に限定されている。第115条を参照されたい）。しかしながら、改正権を国民公会—特に選出された国民議会にほかならない—に帰属させたことは、予期に反して、憲法の最高性を消失させることになった。というのは、法律は、憲法と異なることなく、国会により実現される一般意思の表明であったからである¹³⁾。

これにもかかわらず、1791年と1793年の2つの解決方式は、反対の途をたどりながらも、同じ結論に至っている。すなわち、憲法改正の特別の手続規定は、その当時から、憲法の硬性の根拠ではなく、憲法の保障と知覚されていたのであった。

3. 憲法の硬性の根拠につきダイシーが見逃していたもの

それならば、いったいどうして、19世紀も末になって、ダイシーのように鋭敏な研究者が、プライスの思考を誤解して、憲法保障の手続を憲法の硬性の根拠とすることになったのであろうか。換言すれば、いかにして彼は、硬性は憲法典の特殊性ではなく特別の手続

改正は、「立法の通常の手続」によるという方式が採用されていた。そこで、当時の政治家（時代の文化的環境にも左右された：後掲注49を見られたい）も、また著名な研究者も、立法手続が加重されているとはいえ、当該憲法を軟性憲法とみなすことになった。1850年のプロシャ憲法第107条（絶対多数による2度の表決を定めていた）に関する批判的検討については、たとえば、C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (*Verfassungslehre*, 1928), trad. it. Ant. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, 94 をみられたい。R. von Mohl の反対意見は、後掲注35に示している。また、1871年のライヒ憲法第78条も参照されたい。類似の規定を有しており、その軟性については、P. Laband が支持するところであった。

13) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, 103s. はこのようにいう。彼によると、「法律は一般意思の表明であり、一般意思は自らの代表を国会の中に見出すという理念が根付いている国情においては、制憲権と立法権の分離は、それほど広がりえないし、整然と作用しえない」。国民代表府を国民主権と同視することが、憲法改正権に限界を付することと適合しえないことについては、1791年のフランス憲法にすでにみられたのであるが、これについては、K. M. Barker, voce *Costituzione*, in F. Furet-M. Ozouf, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, trad. it., Bompiani, Milano, 1988, 486s. を参照されたい。

1793年憲法においては改正を議決するために特に選出されたという事実により、「国民公会」は特別の機関とされていたとみなさざるをえない (P. Bastid, *L'idée de Constitution* [1963], Economica, Paris, 1985, 166 はかくいう) ということは真ではあるが、「公会」は国民議会と同じ方式で選出されねばならなかったし、同一の権限を有していた (第116条) という事情の方が決定的である。このことは、1795年憲法の改正議会に関する規定との関連で、P. Bastid, op. cit., 168s. 自身が認めているところである。

による改正可能性に由来するとみなしたのであろうか¹⁴⁾。

おそらく、ダイシーの勘違いは、1814年と1830年の憲章の解釈に起源する。この憲章においては、アルベルト憲章並びに1834年、1837年、1845年及び1876年のスペイン憲法と同様に、改正手続は何ら規定されていなかった。

ブライスは、これらの憲法を硬性とみなした¹⁵⁾のに対し、ダイシーは見解を異にした。ダイシーはいう、1830年の憲章においては、「国王と両議院の立法権を明白に限界づける言葉を見いだせない。このことは、オルレアン朝の下で、国会が主権の担い手であったということを経営者に確かに推測せしめるであろう」¹⁶⁾。1830年の憲章が改正手続につき沈黙を守っているということから、憲章の改正不可能性を論証したトクヴィルの反対意見¹⁷⁾は、ダイシーによりイデオロギー的なものと非難されている。そうではなく、彼がその中にいたイギリスのイデオロギー的文化的文脈が彼の研究者としての目にヴェールを被せ、事実をその精確な歴史的次元とこれと関連する法的重要性において評価することを妨げたのであった。ダイシーは、このことを知覚していないのである。

第1に、ダイシーは、このように論証することにより、単一の成典¹⁸⁾である1814年と1830年のフランスの憲章とイギリスの憲法との間に存する根本的な相違に気づかなかった。イギリスの憲法は、規範的事実と通例は改正可能である通常法律の集積にすぎない。したがって、既存の憲法構造を単に叙述するという機能を有しているのである。

第2に、ダイシーは、成文憲法の誕生に含意されている時代の転換をとらえることができなかった。成文憲法とプロテスタントの宗教改革そしてその帰結としての宗教体験における「聖典」の中心性の再確認との結合を見逃していた。「聖典」はローマ教皇の権限の「測定可能性」のための装置でもあったのである（トマス・ペインが、コネティカットの憲法につき、「国家の政治的バイブル」¹⁹⁾と語ったのは偶然ではなかった）。また、アメリカに移住した清教徒の政治的宗教的文書との結合をも見逃していた。その結果、「いかなる政治システムにおいても」不変の基本法が必要があるとのピューリタンであるオリヴァー・クロ

14) A. V. Dicey, *Introduction*, cit., 127.

15) フランスの憲章に関するブライスの考察に関して、私は当初誤解していたので、ここで改めて訂正をしておきたい。この点は、『軟性憲法と硬性憲法』のイタリア語訳の序文において説明したところである（op. cit., XXXI nota 66）。ブライスの考察をよく検討したところ、彼はフランスの憲章を硬性とみなしていたといわざるをえない。

16) A. V. Dicey, *Introduction*, cit., 122s..

17) *La democrazia in America*, cit., 103 nota 1.

18) 憲法を成典で確認するということは、法的視点からして極めて重要である。実際、規範システムの内部において、若干の規定に異なる形式的効力を認めようとしなければ、これを厳格な成典すなわち成文憲法に包含することは、全く無益ということになろう。この点では、G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato (Allgemeine Staatslehre, 1914, terzo libro)*, trad. it. M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, 114 ; Id., *Gesetz und Verordnung*, Siebeck, Freiburg, 1887, 262.

19) T. Paine, *I diritti dell'uomo*, cit., 258.

ムウェルの革命的直感と彼が欲した統治章典(1653年)の制定の重要性²⁰⁾も見逃している。統治章典は、近代世界における最初の成文(そして硬性)憲法である(もちろん改正条項を含んではない)。さらに、興隆するブルジョアジーにとっての、規範力を有する成典に継受された合理化構想の重要性²¹⁾も見逃した。最後に、彼は次のことを見逃していた。ある法典が一度「基本的」または「最高」とされたならば(マーシャル長官は、すでに1803年のマーベリ対マディソン事件²²⁾において、合衆国の「成文」憲法を「至高なもの」としていた)、この法典において、そしてこの法典のみにおいて、その改正を可能とする条項が定められなければならない。これを欠けば、憲法は自律的なものであるから、論理的に改正不可能である²³⁾。

4. 硬性憲法の形式的最高性と実質的最高性

したがって、成文憲法は、18世紀のもの(この中には現行アメリカ合衆国憲法がある)も含めて、ブライスが主張したごとく最高のまたは特別の権威によって制定されるから硬性である²⁴⁾のではなく、形式的視点から、立法者及び他の法源に対して「最高」そして「特

20) G. Jellinek, *La dottrina generale*, cit., 98ss.

21) H. Heller, *Dottrina dello Stato* (*Staatsrecht*, 1934, op. postuma), trad. it. U. Pomarici, Ed. scientif. it., Napoli, 1988, 416.

22) 1 Cranch 137 (1803).

23) ここから次の帰結が生じる。改正を承認する多少とも加重された手続に関する規定(これは、改正を承認する権限を有する立法議会の選挙による更新という「最大のもの」から、改正を通常の立法手続により可能とする「最小のもの」までの段階がある)も、その(絶対的な)質的限界に関する規定も、憲法の専属的管轄に含まれる。したがって、このような視点からすれば、改正の可能性に関し、憲法が沈黙しているということは、絶対的な改正不可能性を明示に定めている(このことは、よくみれば、論理的視点からは、冗長なことである)ということにならざるをえない。憲法の硬性のこの段階制(絶対的な硬性から全くの軟性にいたる)のかかる再現が正しいという歴史的確証は、次の点にある。まず、本文で想記したように、1814年と1830年のフランスの憲章、1848年のアルベルト憲章そして1978年のイラン憲法(後掲を参照)は絶対的な硬性であるという解釈が当初にはあった。また、イギリスの文化圏に属する諸憲法の存在がある。これらの憲法は、通常の立法手続による改正可能性を明示に認めることにより、その最高性(憲法としての「存在」)を否認している。これと同時に、「最高」として措定されながら、改正手続を何ら定めていない法典(たとえば統治章典)が存在すれば、同じ結論にはならないであろうということも論証される。

本稿とは異なる問題設定からではあるが、少なからざる研究者が、憲法改正手続とこれに関わる限界の検討に取り組んできた。古典的には、C. Borgeaud, *Établissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe*, Thorin, Paris, 1893 e W. Hildesheimer, *Über die Revision moderner Staatsverfassungen. Eine Studie über das Prinzip der Starrheit und die Idee eines pouvoir constituant in der heutigen Verfassungen*, Mohr, Tübingen, 1918 をみられたい。近年では、G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa*, in *Giur. cost.*, 1994, 1339 ss.; M. P. Viviani Schlein, *Rigidità costituzionale. Limiti e graduazioni*, Giappichelli, Torino, 1997. をみられたい。

24) J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., 8ss., 63ss.

別」なものとして「指定される」から硬性なのである。このことは、通常法律に対しては直接に、そして他の法源に対しては（間接に）手続的及び実体的規定を定める場合にまさに生じる。

ゆえに、憲法の「最高性」が憲法を制定した権威を「最高」とするのであり、その逆ではない²⁵⁾。憲法と称される法典の「特別性」が憲法を制定する権威を「特別」なものにするのであり、その逆ではない。そして、これには2つの例外がある。第1は、絶対君主で（定義上「最高」である）、憲法を「欽定する」ことにより自己制限する。第2は、特に選出された制憲議会にかかる（定義上「特別」である）。この2つの例外を別にすれば、容易に次のように主張しうる。制憲権の担い手（君主、派閥あるいは単一のまたは複数の政党であるかもしれない。人民ということは決してありえない²⁶⁾）の識別は、常に、事後になされる。すなわち、憲法の承認後、あるいは端的に人民の同意による憲法の正統化後である。それ以前には、制憲権の行使の「試み」があるので、それは成功するかもしれないし、失敗することになるかもしれない。

しかし、憲法は、実体的または政治的側面においても「最高」でなければならない。ただ、側面が実体的または政治的であるがゆえに、これを事前に正式に識別することはできない。そうでないとすれば、形式的基準によって実質的憲法の性格を識別してきた（そして今でもそうしている）のと同じ矛盾に陥ることになる。

このことを前提にして、「憲法の最高性の実体的または政治的側面」という語でもってここで私が指しているのは、制憲構想の内容、そして一新憲法秩序の平和的樹立の場合には——それを実現するために採られた方式である。後者は、たとえば、打倒せんとする憲法秩序の規範の単なる道具的な利用、改正手続規定の「転用」（プライスの語彙における「stretching」）、「正統」権力が行使されていた場の利用である。この内容的（一定の憲法構想、それ

25) Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Giuffrè, Milano, 1988, 234 は次のように主張していた。アルベルト憲章は、1914年においても、「実効的に他のものに対して最高の法律であった。その理由は、その起源によるのではなく、また最高の権威により制定されたからではない。その最高たるんとする意図、最高のものとして妥当せんとする意思に表明されているその本性によるのである」（頭点は筆者）。この主張は意義深い。というのは、プライスの異なる見解に言及していることが明白であるからであり、のみならず、憲章が始原的に「硬性」であったことの権威ある確認（実際、ローマーノは、「かかる観念は決して消滅することはなかったが、著しく弱められた」と強調している。）をなしているからでもある。

26) 実際、制憲過程において人民が果たす役割は、これとは全く異なり、憲法を「正統化する」ことである（*L'instaurazione di una nuova Costituzione*, *supra*, 156ss. をみられたい）。この正統化は人民による事後の単なる承認にあるのではない。1つだけ例を挙げよう。ドイツ人民は、制憲議会を選出したわけでもなく、1949年5月16日から22日に「議会評議会」が可決したものを正式に承認したわけではないにもかかわらず、1949年の基本法を「正統化」したのである。実際、確定は、「関係するドイツ各ラントの3分の2を超える人民代表機関」によりなされた（基本法の公布文をみられたい）。ところが、基本法の前文の荘重な文言を信用せんとして、ドイツ人民は、「その憲法制定権力に基づき」……「この基本法」を制定したようである。1949年の基本法の承認の際に採られた手続につき詳しくは、C. Amirante, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Lerici, Roma, 1980, 141ss. を参照されたい。

は自由主義的であったり、権威主義的であったり、平等主義的であったり、人種主義的であったりする)要素²⁷⁾と、手続的要素は、ともに制憲構想に「正統性」を付与し、事後の人民の「正統化」を容易にする。

「最高性」と「硬性」は同じメダルの両面ではあるが、最高性は硬性と余すところなく一体となるのではない。たとえば、「コモンロー」は、一定の事項につき、執行府の規範行為に「優位」するが(1611年の勅令事件²⁸⁾を想記されたい)、決して「硬性」であるとはいえない。というのは、何よりも成文形式になっていないからである。他方で、「国会における国王の行為」、すなわち法律は、刑事事件においては、確かに「コモンロー」に優位するが(同事件におけるコーク卿の意見)、「コモンロー」に比しても、規則に比しても「硬性」とはとてもいえない。というのは、憲法典の標識となる(そして標識とならなければならない)「特別性」を欠いているからである。

したがって、「硬性」は、成文憲法(単一の法典であるが、例外的に複数の法典の場合もある²⁹⁾)のみの属性である。成文憲法は、形式的には、最高なものとして措定され、実体的には、その内容³⁰⁾あるいは他の付随する主体的及び/又は政治的要素³¹⁾を理由として人民の

27) 憲法と立憲主義の相違については、*L'instaurazione di una nuova Costituzione, supra*, 111s. e *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 37 note 10 e 11 を参照されたい。また、後掲注30もみられたい。

28) *The Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74, in D. L. Keir e F. H. Lawson, *Cases in Constitutional Law*³, Oxford, Clarendon Press, 1967, 112.

29) たとえば、1875年のフランス憲法(複数の憲法的法律から構成されていた)、あるいは現在のイスラエル国の憲法(複数の基本法から構成されている)である。後者の硬性は、イスラエル最高裁判所の *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village* (1995) 事件判決において終局的に確認された。

30) 内容は多様なものがありうるし、必ずしもすべての基本権の承認を含んでいるわけではない。後者のような問題設定(1789年のフランス人権宣言第16条に由来する)は法的にも歴史的にも不正確であり、憲法と立憲主義とを混同するものである(前掲注27をみられたい)。むしろ、差別主義的で人種主義的な憲法上の政治指針の方が、いくらかの事実状況が競合する場合には、「民主的」指針または「自由主義的」指針以上に、人民の正統化においては、満足のいく結果をえることがありうる。

加えて、憲法の内容は、国体及び政体に関する規定(これは、歴史的にも政治的にも不可欠である)に加えて、多様なものでありうる。実際、「いかなる法規範が重要なものとして憲法典に受容されるべきかを決定するのは制憲者に帰属し、かくして憲法典の安定性を保障することになるのである」(H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., 423)。換言すれば、アルコール飲料の製造禁止や小麦と穀物の貯蔵に関する規制が憲法事項に含まれたとしても悲憤慷慨すべきではない。同じく、50年前には、環境保全の痕跡が憲法にみられなかったといって悲憤慷慨すべきではない。実際、「憲法典が規制すべきことは、法律の一般的留保の場合と同様に、政治目的、権力状況、法意識が決定するのである」(H. Heller, *op. loc. cit.*)。

31) 憲法の正統化が憲法自体とは関わりのない状況により動機づけられる、あるいは容易にされるという事情については十分に反省されたことはない。この状況というのは、新憲法秩序の樹立を主張する政治家のカリスマとか、「制憲党」の勝利のみが国にもたらしうる一般的秩序の結果(たとえば、社会平和あるいは人身の安全)とかである。

同意により正統化される。

他方、軟性憲法には2種がありうる。a) 単に叙述的な憲法、b) 通常法律と並ぶ効力のみを有する特別の法典である。

種a) は、イギリスのごとき「歴史的」憲法にみられる。実際、かかる言い回しにより、「政治的性格を有する法律と慣習の総体が識別される。ただ、「この定義は、余りにも漠然としており、学問的価値を有しえない。ゆえに、政治的とみなされるべき法律につき3人の法学者の間で合意を見いだすことにはならないであろう」³²⁾。

種b) は、憲法が単一または複数の公式の法典に含まれてはいるが、原則として、通常法律に対して「優位する」とはされていない場合にみられる（それゆえ、憲法は特に廃止されない限りにのみ効力を有する³³⁾）。この種には2つの場合がある。第1の場合(b 1)は、成文憲法が通常法律による改正可能性を明示に定めている時に生じる。[例として、1808年のスペイン憲法(いわゆるバヨンのナポレオン憲章)；1852年のニュージーランド憲法(これは1947年の憲法修正法により改正された³⁴⁾)；1961年の南アフリカ憲法(これは合憲性の司法審査を「禁止していた」)を挙げることができる]。第2の場合(b 2)は、形式的には改正不可能である(たとえば、アルベルト憲章、1834年、1837年、1845年、1876年のスペイン憲法)、あるいは特別の手続によってのみ改正可能である(たとえば、1850年のプロイセン憲法³⁵⁾及び1871年のドイツ帝国憲法³⁶⁾)。憲法が機能する文化的文脈の結果と

32) J. Bryce, *La Repubblica americana*, cit., 430.

33) これが、今や「軟性」となったアルベルト憲章につき当時の学説が一般に到達した結論であり、明示の廃止の政治的不適切さを確認していた。たとえば、V. Miceli, *Principii di diritto costituzionale*, SEL, Milano, 1913, 471s.; Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 234s.; Id., *Corso di diritto costituzionale*⁶⁾, Cedam, Padova, 1941, 303ss. (本書は、憲章の規制効力についても言及している)；O. Ranalletti, *Istituzioni di diritto pubblico*⁴⁾, Cedam, Padova, 1934, 266；E. Crosa, *Diritto costituzionale*, Utet, Torino, 1937, 18；V. Crisafulli, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi* (1938), in *Studi in onore di Santi Romano*, vol. I, Cedam, Padova, 1940, 696ss. (ここではとりわけ、憲章の第24条及び第26条への言及がなされている)。

34) 1947年の修正法に含まれる明示の規定により通常の立法手続により改正可能であった1852年の憲法とは異なり、現行のニュージーランド憲法は、同じく軟性ではあるが、1986年の憲法(これは憲法的「事項」を「確認」する機能しか有していない：P. A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand*, The Law Book Co., North Ryde N. S. W., 1993, 99)には、「憲法」と称する特別の規範的効力を有する法典に定められている「軟性化するため」の類似の条項は存在しない。したがって、国会制定法(この中に1986年の憲法も含まれる)は、国会の特権・慣習・慣例に関する法、先例、判例とともにニュージーランドの(叙述的な意味での)憲法を成しているが、通常の立法行為であり、事後法との抵触により廃止されるという一般ルールに服する(P. A. Joseph, op. cit., 437)。

35) 1850年のプロイセン憲法典が(通常法律に対して)「優位」することは、第2編(プロイセン人の権利、とりわけ第4、7、10、11、12、14、20、29、32条)から帰結され、第107条により確認される。この憲法の硬性が司法的にも保障されたものであったことに同意するものとして、R. von Mohl, *Über die rechtliche Bedeutung Verfassungswidriger Gesetze*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, vol. I, Laupp Tübingen, 1860, 83 nota 1をみられたい。

して改正可能となる時に生じる。

(b 2) の場合に関しては、ブライスの現実主義的な勧告が、今日でも極めて有益である。憲法の内密の侵害あるいは明示の侵害が世論の支持をえた場合には、成文であること（したがって硬性であること）は、かかる侵害の可能性に対する克服不能な堡壘とはなりえない。憲法が立法者に課した制約 — 所与の状況においては不適切なものとなりうる制約 — に対して、ブライスが示す方法は次の3つである。①公衆が憲法に偏見を抱き、憲法に不信の念を示しても、憲法を尊重すること。②憲法が改正を認めているとき、あるいは改正手続が煩雑でないときは、憲法を改正すること。③いわば、憲法を「拡張的に」解釈すること³⁷⁾。

「拡張」解釈は、実際には、憲法からの「逃亡」と等しいかもしれないが、「公衆の信頼に對し、公然たる侵害よりも少ない損害を産み出すことになる」。加えて、ブライスは次のように想記している。「経験の示すところによれば、世論が、立法府の示す行動指針に断固として好意をよせれば、たとえそれが憲法を「転用」するものであっても、裁判所自体がこの世論に影響され、そして裁判官は、自身の法的良心と義務感が許す限りのところまで進んでいくであろう。場合によってはそれ以上進むかもしれない。かくして、立法者が行ったことはすべて有効とみなすことになる³⁸⁾」。

5. ダイシーの誤解に由来する誤った帰結

ダイシーの異なる（そして間違った）問題設定にしたがった場合には、憲法の硬性の問題に関していかなる帰結が引き出されることになるのか。

第1に、硬性憲法というのは特別な改正手続が定められている憲法のみであるとみなしたなら、1814年と1830年のフランスの憲章および1848年のアルベルト憲章は軟性憲法と資格づけることになり、これはまさしく「歴史の偽造」に途を開くことになることが明らかである。軟性であることが真だとすれば、この3つの憲法は、その公布のために激しい闘争がなされ血が流されたにもかかわらず、通常法律によりただちに改正が可能であったとい

36) 帝国憲法が(帝国の法律、いわんや構成邦の権利に)「優位」することは、第2条から帰結され、第78条により確認される。ところで、法律と帝国憲法との矛盾は法的に重要ではないということにつき、P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1911, 39s. をみられたい。通常法律と憲法的法律が同一の機関に由来するときは、通常法律は憲法的法律と抵触するという命題(わけてもラーバントにより主張された)に対する批判として、C. Borgeaud, *Établissement*, cit., 305 e C. Esposito, *La validità delle leggi*, cit., 61 をみられたい。この批判は正しい。ただし、この点では、P. Laband, *Recensione a C. Borgeaud, Établissement*, cit., in *Archiv. öff. Recht*, 1894, vol. IX, 274 における厳しい応答もみられたい。さらなる言及としては、私の *Presentazione*, cit., XX note 27 e 28 を参照されたい。

37) J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., 88ss.

38) J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., 92.

うことになる。とりわけ、1830年7月の憲章は単なる法律によりただちに改正されえたであろう。そうすると、その数日前に、パリの民衆が、シャルル10世の秩序破壊的な勅令に反対して1814年憲章の擁護のために革命的行動を行った（このために1830年の憲章は、第66条で、この憲章を国民衛兵とすべてのフランス市民の愛国心および勇気に託すと定めたのである）ことをいかに評価すればよいのだろうか³⁹⁾。

同じく、このような考えに従うと、アルベルト憲章⁴⁰⁾の公布はジェノヴァとトリノの暴動により不可避であったにもかかわらず、法律によりただちに改正可能であったということになる。

それのみではない。同じ理由により、基本的な宗教的原理と価値に満ちた（したがって十戒と同様に改正不可能である）1979年のイランの（ホメイニ）憲法も、その施行後10年間は軟性とみなさなければならなかったであろう。実際、この憲法は、1989年になって初めて、憲法改正に関する規定（第177条）を具備するようになったのである（先の制憲手続と同じ方式を利用して！）。同じ制憲手続を利用したということは、1979年の憲法が硬性であったことを証明するものであり、その逆ではない。

19世紀の先の憲章につきさらに言及しておきたい。立法者がこれらに対して「全権」を有していた⁴¹⁾（当然、当時は、軟性につき語られることはなかった）という結論は、不条理

39) 1830年憲章の硬性を支持するのは、A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., 103 nota 1 の外に、G. G. Hello, *Del regime costituzionale nei suoi rapporti con lo Stato attuale della scienza sociale e politica*, trad. it., Filiale-Sebezio, Napoli, 1848, tomo II, 220 さらに J. Barthelemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de juillet*, in *Rev. droit public*, 1909, 9 nota 1, nota 11 に引用されている Berriat Saint-Prix, Cormenin, Casimir Périer, Thiers の意見がある。

40) 憲章が始原的には硬性であったという主張を示すものとして、P. Peverelli, *Comenti intorno allo Statuto del Regno di Sardegna*, Castellazzo e Degaudenzi, Torino, 1849, 88 e 161 e L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, vol. I, Lavagnino, Genova, 1859, 30 e 152 がある。外には、*La causa della rigidità costituzionale*, *supra*, 13 nota 12, 51ss. をみられたい。

この憲法が始原的には硬性であったという私の命題を確認するものとして、さらに、V. Miceli, *Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità* (estratto dalla *Enc. giur. italiana*), SEL, Milano, 1901, 17 がある。次のように主張する。「ビエモンテにおける憲法政治の初期においては、フランス的傾向（硬性を支持する：筆者注）が優位を占めていた。国王の第2演説に対する下院側の応答において、王国の制憲者のみが時代の睿智と必要に我が制度を調和せしめることができるであろうと述べられた（1849年2月27日）」。彼は、さらに付加している。「ノヴァラの敗北と全半島における反動的騒動の後には、（国会による改正に：筆者注）反対する傾向が徐々に制憲の理念にとって代わった。すなわち、憲章を聖なるものとみなし、いかなる部分も触れることができないという見解である」。そして、かかる見解は、1862年7月26日に Sella, Menabrea, Lanza に よっても確認されている。

41) 1834年、1837年、1845年そして1876年のスペイン憲法については、事情が異なる。これらの憲法は形式上は改正不可能であったが（改正方式には沈黙していたので）、実際には、最高のものとなることはなかった。この点については、*La causa della rigidità*, *supra*, 72ss. を参照されたい。そこで、カノバス・デル・カスティージョの鋭い考察を示しておいた（これは、L. Sanchez Agesta,

で歴史に反する。そして、これらの憲法秩序においては、国王は、通常法律の制定過程に正式かつ実質的に関与しており、それゆえ、これらの憲法が法律により改正可能であったという命題は、国王による憲法の撤回が不可能と宣告されたこと（そしてこのことについてはすべての者が同意していた）という事情と抵触する。先の結論は、これらのことを考慮に入れていないのである。

私のこの考察の性質からして、この点にこれ以上踏みとどまるわけにはいかない。それゆえ、正確な歴史的事件を基礎とし当時の学説をも踏まえてこれらの憲章が硬性であったとの主張については他のところでの論証に委ねることにする⁴²⁾。最終的に、ここでは、次の考察のみで十分である。アルベルト憲章の軟性をいうために、憲章にもたらされた立法による改正（僅少であり、しかも論議の余地があるものであった）のことが世紀末の研究者によりもちだされた。これは、かかる問題設定の非科学性を考慮にいれていないのである。実際、改正それ自体は、当該憲法の軟性又は硬性という性質につき何らの証明をなすものではない。逆に、所与の法典の性質（硬性又は軟性）から、ある事実が侵害なのか改正なのかということが決まってくるのである。したがって、認容宗派に関する法律、1859年の

Historia del Constitucionalismo español (1808-1936)⁴⁾, CEC, Madrid, 1984, 305 e in E. Attard, *El constitucionalismo español : 1808-1978*, Quiles, Valencia, 1988, 108 に掲載されている)。この卓越した政治家は、国王の Cortes との「和解の演説」（「敵との対話」）の中に一種の実質的憲法の先駆を見出した。彼は、これを「国体（Constitución interna）」と呼び、Cortes の数回の発言において理論化した（*Diario de Sesiones*, 1873, 823s. ; とりわけ *Diario de Sesiones*, 1876, 722ss.）。これは、19世紀に継起した多くの成文憲法（形式的にのみ効力を有した）とは違って、実質的かつ規制力を有した憲法である。「国体」への言及は、王政復古後の最初の制憲議会選挙を1876年1月20日に施行するとして1875年12月31日の勅令、その後の制憲議会における討論においてもなされている。カノバスは次のようにいう。「成文で明示された憲法を前にして＜国体＞を語ることは明らかに矛盾である。これに対し、状況によりいかなる成文憲法も定着したことがない国において国体を語ることは、大いに事情が異なる。後者の場合には、いかなる実効憲法も存在しないと語ることはできない。何らの原則もなく、何らの基礎もなく、その生命を育む萌芽もなしに国が存続することは不可能である。国体という名が好みに合わないのであれば、他の名を与えればよいが、それが事実として存在することは承認しなければならない」。

スペインの政治状況の不安定さゆえに多くの成文憲法が可決された（この中には疑いもなく硬性のものもあった。たとえば、特別の改正手続を定めていた1812年と1869年の憲法がある）。この不安定さゆえに、多くの憲法が可決され、廃棄され、廃止され、ある場合には、廃止されたものが再び施行されることにもなった〔この点は、E. Attard, *El constitucionalismo español : 1808-1978*, cit. ; F. J. García Fernández e E. Espín Templado, *Esquema del constitucionalismo español «1808-1976»*, Univ. Complutense, Madrid, 1976 ; J. Solé Tura e E. Aja, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*¹⁶⁾, Siglo Veintiuno ed., Madrid, 1992 ; L. Sánchez Agesta, *Historia del Constitucionalismo español*, cit. をみられたい〕。すなわち、まさに19世紀の初頭から、合理的かつ体系的な憲法準則の安定性（スペインの政治状況に由来する変動と可変性とは両立しえない）が不可能となっていたのである。したがって、特別の改正手続の有無にかかわらず、その時々に行われた憲法には形式的最高性の基礎が欠けることになったのである。

42) *La causa della rigidità*, *supra*, 39ss. をみられたい。

戦争遂行のために法律で国王に全権を付与したこと、政府への委任により1865年の法典を制定したこと等が憲章の侵害であったことを承認すれば(私の見解では正しくない)⁴³⁾、これはまさに憲法侵害そのものであり、憲法「典」の性質を変えるような事案ではなかった。このことは次の事実により確認される。1870年においても、卓越した政治家で著名な歴史家にして文人であったルッジェーロ・ボンギが動議により、「憲章には、法律制定における立法権の3部門の行動にかかる規範と保障によってその規定を改正することを妨げるいかなる条文も存在しない⁴⁴⁾」ことを宣言するように代議院に要求したのである。すなわち、1870年においても、憲章の軟性という命題は自明なものとはいえなかったのである。

ただ、その後少ししてから、この命題は確立されるようになった。というのは、憲章の「イギリス」的解釈(1848年以来既にカヴールが構想していた⁴⁵⁾)がサヴォア朝の「継続性」にとってより機能的に働いたからである。実際、一旦イタリアの統一が完成すると、この命題は、一般に「危険なもの」、「嵐のように射幸的なもの」、したがって潜在的に革命的なものとみなされた制憲議会の召集を阻止することになった⁴⁶⁾。この目的にとって、憲法改正手続に関して憲章には「欠缺」がある、したがって、かかる「欠缺」は「他の法律を規制する原理」を適用して埋め合わされなければならないという命題⁴⁷⁾は、申し分なく適切なものであり、かくしてさしたる反対もなく文化的に受け入れられた⁴⁸⁾。

以上により、憲法と政治において、文化的状況⁴⁹⁾がいかに重要なものであるかが再度証明

43) *La causa della rigidità*, *supra*, 43ss.

44) 1870年4月26日の動議は、*Discorsi parlamentari di Ruggero Bonghi*, vol. I., Camera dei deputati, Roma, 1918, 189に登載されている。動議は討論に付されなかった。このことは、表決が可否いずれであっても、それがもたらす政治的含意の有する恐れを示すものとして極めて意義深いものがある。曖昧にされる方が良かったのである！

45) C. Cavour, *Critiche allo Statuto*, in *Il Risorgimento* del 10 marzo 1848, ripubblicato in *Tutti gli scritti di Camillo Cavour*, a cura di G. Pischetta e G. Talamo, vol. III, Centro Studi Piemontesi, Torino, 1976, 1115. カヴールの論文は、*La causa della rigidità*, cit., 54 nota 119に登載されている。

46) 種々の命題については、*La causa della rigidità*, *supra*, 15 nota 12, 72 nota 153, 本論文の注12をみられたい。

47) 注6を参照されたい。「明白な」欠缺については、C. Mortati, voce *Costituzione dello Stato (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 201; C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1961, 626ss. をみられたい。イギリス憲法における慣習による改正については、C. Esposito, op. ult., cit. の外に、V. Miceli, *Analisi giuridica*, cit., 10ss., 47ss. をみられたい。

48) 反対者としては、例えば、A. Malgarini, *Delle libertà civile nelle costituzioni moderne*, Fava e Garagnani, Bologna, 1884, 44ss. があり、憲章は、プレビシットのみによって改正可能であると主張していた。

49) 国家、宗教、文化の相互の状況の重要性については、J. Burckardt, *Considerazioni sulla storia universale (Weltgeschichtliche Betrachtungen)*, 1870], trad. it. Mandalari, Mondadori, Milano, 1996, 87. が既に指摘していた。法的視点からは、P. Häberle, in *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la costituzione del pluralismo*, in Aa. Vv., *La democrazia di fine secolo*, a

されたことになる。そして、文化的状況は、成文なので「自然には」硬性であるが本質的には硬性とはいえない憲法を軟性に変化せしめるのである。プライスは、このことを明確に自覚していたが、完全に説明することはなかった。

6. 区別の持続的有用性

憲法を硬性と軟性に区別することは、今でも何らかの有用性を有しているのだろうか。軟性憲法というものはごくわずかなものであるから、この区別は実際には今や無益であると主張する者からは消極的な解答が与えられる⁵⁰⁾。

しかしながら、プライスが論文を書いた当時においても、軟性憲法といものはわずかなものであったことを考慮すると、プライスの動機は当時の憲法の「共時的」な比較ではなく、硬性憲法と軟性憲法とを主に「通時的」に比較することにより、憲法の「近代的な」観念を識別することにあることは明白である。

この意味で、私見によれば、憲法の硬性の研究は理論的に重要であり、その現実性を保持している。一方では、成文であることに由来する改正不可能性という問題は、初期の成文憲法が誕生した宗教的文脈を想記させる（そして、至高の法律を法典化するといういかなる試みにも宿る「絶対的なもの」への渴望を想起させる）し、他方では、憲法の硬性の研究は、「成文」で「至高なもの」ではあるが抗しがたい世論の圧倒性に屈服し、慣例と慣習という忍び寄る転覆力に抵抗しえない法律があるというゆゆしき事態に非情にも我々を直面させることになる。

すなわち、私たちが直面している「至高の」法律は、その規定に安定性を確保してやるために、「成文」でなければならないが、時の流れに耐えるためには、プライスが言うごとく「本質的なもの」に限定されなければならない、「その詳細の多くは通常法律と慣行により事後に定められなければならない」ものでもある⁵¹⁾。このことから—すなわち、成文憲法は「最高」ではあるが、それが解釈者に委ねた不可避の役割のために—所与の規定の解釈の確定のためにも、長い間無視されてきた意味の発見のためにも、日常的な「憲法のための闘争」が尽きることなく、また政治的に重要なものとなる。この政治的重要性は、絶対に不可欠なものである。というのは、「最高の法律」としての成文憲法に日常的な政治的決断という自律的正統化能力を承認し、したがって、相争う者にとって自己の命題を支える

cura di M. Luciani, Laterza, Bari, 1994, 98ss., 140s., 160 ; in *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*², Duncker & Humblot, Berlin, 1998. が一貫して主張している命題である。通常立法権に対する憲法の優位という特殊の問題に対する文化的文脈の影響については, R. Carré de Malberg riportata *supra* nella nota 13. における見解をみられたい。

50) E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York, 1998, 9.

51) J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, cit., 88.

ためにこれに依拠することが死活的に重要となるからである。

こうして、憲法の硬性の研究が今でも何らかの役にたつのかという質問への解答は、私見によれば、積極以外のものではありえない。今日においても、成文憲法が何であり、何に仕えるかを理解するために役立つのである。

訳者あとがき

1 Alessandro Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Seconda edizione riveduta e ampliata, Cedam, Padova, 2002 (注1で本書というのはこの書のことである)の264ss.に収録された“Costituzioni rigide e costituzioni flessibili”を著者の承諾を得て、ここに全訳することにした(ただし、注3の最後の6行は、日本の読者には不要であろうと思い、割愛した)。訳者は、すでにA.パーチェ著『憲法の硬性と軟性』(有信堂、2003年)を上梓しているの、著者についてはその「訳者あとがき」を参照されたい。

本稿は、1996年に公刊された『憲法の硬性と軟性』以降の著者の研究成果の一端を提示したもので、2000年3月にローマのトル・ヴェルガータ大学において開催された研究集会での報告である。著者の思索を要約したもので、併読することにより、その問題関心が奈辺にあるのかを把握しよう。

私見によると、本稿の特色は以下の点にあると思われる。

第1に、ブライスによる軟性憲法と硬性憲法の区別の根拠を誤解したダイシーに対する批判が詳細に展開されている。

第2に、前著においては取り扱っていなかった憲法の実質的最高性の問題への言及がなされている。

第3に、成文憲法にとっての文化的状況の重要性、したがって日常的な憲法のための闘争が政治的に重要であることが力説されている。

第1と第3については、本稿を精読されれば理解しうられるので、ここでは憲法の最高法規性につき、わが国における議論をも参照しながら、若干敷衍しておきたい。

2 通説とみなされる、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第三版』(岩波書店、2002年)12頁の叙述を検討してみよう。憲法の形式的最高法規性につき、次のようにいう。「憲法が最高法規であることは、憲法の改正に法律の改正の場合よりも困難な手続が要求されている硬性憲法であれば、論理上当然である」。

この文章には以下の問題点がある。まず、硬性憲法の根拠を特別の改正手続の存在に求めているが、そうではなく憲法が成文化されていること自体を硬性であることの根拠とみなすべきであろう。そして、特別の改正手続は憲法保障の一方策として存在するのである。さらに、硬性憲法であれば、憲法が最高法規であることは論理上当然である、というが、

ここでいう「論理上」の意味が明確でない。おそらく＜硬性憲法＝最高法規＞という等式を念頭に置いているのであろうが、本稿の4. で言及されているごとく、最高法規とされても硬性とはいえない場合があるので、＜最高法規＝硬性＞という等式が成立しないこともある。そうすると最高法規と硬性を完全に同一視することはできないので、硬性憲法であれば、憲法が最高法規であることは論理上当然である、とは断言できない。パーチェ説によると、憲法の形式的最高法規性は、憲法が立法者及び他の法源に対して「最高」のものとして制定されたこと自体に求めなければならない。そして、この憲法の最高法規性が憲法を制定した権威を最高とするのであり、その逆ではない。

次に、憲法の実質的最高法規性についての叙述を検討しよう。「憲法が最高法規であるのは、その内容が、人間の権利・自由をあらゆる国家権力から不可侵のものとして保障する規範を中心として構成されているからである」。

しかしながら、憲法の内容には多様なものがあり、不可侵の基本的人権が含まれていることを憲法の実質的最高法規性の根拠とすることはできない。簡単な例を挙げると、1788年のアメリカ合衆国憲法は、1791年に修正条項（権利章典）が成立するまでは基本的人権を含むものではなかったが、それでも形式的にも実質的にも自らを最高法規と称していたし（第6条）、かくみなされていた。すなわち、パーチェ説にいうとおり、制憲構想の内容（統治機構のみに関わり基本的人権を含まない場合もある）とその実現方式が憲法に実質的最高法規性を付与し、この憲法は事後に国民により正統化されることになるのである。

かくして憲法の最高法規性に関する芦部説は、とうてい受け入れがたいものであることが明らかになった。これに対し、長谷部恭男『憲法 第3版』（新世社、2004年）29頁は次のように主張する。「日本国憲法が、国の最高法規なのは、『日本国憲法を、国の最高法規として扱うべし』という実質の意味の憲法が存在するからであり、そのような実質の意味の憲法が存在するのは、それを法の運用者が事実上受入れ、それにのっとって行動するからである」。

芦部説に比すると憲法の最高法規性の根拠に幾分肉薄するものとはなっているが、「日本国憲法を、国の最高法規として扱うべし」というのが実質の意味の憲法といえるのか、この命法は誰が発したのか、という問いには応答するところがない。

むしろ、この点では、松井茂記『日本国憲法 第2版』（有斐閣、2002年）50頁の記述がパーチェ説に近い。次のようにいう。「憲法が国民をも拘束し、最高法規として妥当している根拠は、結局現在の国民がある憲法秩序にコミットし、それを規範として受け入れていることに求めるほかはないように思われる」。すなわち、憲法制定後における国民による正統化を意識している。

3 本稿を契機にわが国においても憲法の最高法規性の根拠についての研究が進展することを祈念する。なお、「憲法の硬性と軟性」をめぐる問題については、前訳書刊行後、次のように説く概説書が登場している。『軟性憲法・硬性憲法』という対比は、既存の憲法秩

序の変更が緩やかに行われるかどうかを基準とするものである。したがって、特定の憲法典や制定法について、その改正手続が難しいかどうかを基準とするものではない」(大石真『憲法講義1』(有斐閣, 2004年) 6頁)。いわゆる通説なるものに与する者は、自己の理解を痛切に反省してみる必要がありそうである。

4 本稿においても言及されているスペインのカノバスの「国体」論については、池田実「一九世紀スペインの立憲主義と『国体』—カノバスの思想と復古王政憲法(一八七六年)を中心に—」憲法研究第三十六号(2004年)を参照されたい。「国体」という概念が決して日本固有のものではないということを了解されるであろう。

5 最後に、本稿には次の翻訳があることを紹介しておく。

Andrea De Petris の独訳, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N. F., vol. 49, 2001, S. 89 ff.

Luis Jimena Posada の西訳, *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fabrique Furió Ceriol*, vol., 33, 2000. : *Teoria constitucional y derechos fundamentales* (a cura di M. Carbonell), 2002.

Joseph Jaconelli の英訳, *European Review of Public Law*, vol. 15, no 3, 2003.